Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

9. januar 2025*

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 31, nr. 1), litra b) – udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse – betingelser – tekniske grunde – årsager, der vedrører beskyttelse af enerettigheder – tilskrivelse til den ordregivende myndighed – de faktiske og retlige omstændigheder, der skal tages i betragtning«

I sag C-578/23,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Nejvyšší správní soud (øverste forvaltningsdomstol, Den Tjekkiske Republik) ved afgørelse af 12. september 2023, indgået til Domstolen den 19. september 2023, i sagen

**Česká republika – Generální finanční ředitelství**

mod

**Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling),

sammensat af formanden for Anden Afdeling, K. Jürimäe, som fungerende formand for Tredje Afdeling, Domstolens præsident, K. Lenaerts, som fungerende dommer for Tredje Afdeling, og dommerne N. Jääskinen, M. Gavalec (refererende dommer) og N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

– den tjekkiske regering ved L. Halajová, M. Smolek og J. Vláčil, som befuldmægtigede,

– den slovakiske regering ved E. Larišová og S. Ondrášiková, som befuldmægtigede,

* Processprog: tjekkisk.

– Europa-Kommissionen ved M. Monfort og G. Wils, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 26. september 2024,

afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 31, nr. 1), litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114), som blev ophævet og erstattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

2 Anmodningen om præjudiciel afgørelse er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Česká republika – Generální finanční ředitelství (generaldirektoratet for finansielle anliggender, Den Tjekkiske Republik) og Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (kontoret for konkurrencebeskyttelse, Den Tjekkiske Republik) (herefter »konkurrencemyndigheden«) vedrørende denne sidstnævntes konstatering af en overtrædelse begået af generaldirektoratet for finansielle anliggender, som, uden at betingelserne herfor var opfyldt, havde anvendt et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

### Retsforskrifter

#### *EU-retten*

3 Artikel 28 i direktiv 2004/18 med overskriften »Anvendelse af offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog« fastsatte følgende:

»For at indgå offentlige kontrakter anvender de ordregivende myndigheder de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv.

De indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. På de særlige betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 29, kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved hjælp af konkurrencepræget dialog. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

4 Dette direktivs artikel 31 med overskriften »Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse« bestemte i nr. 1):

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

1) For så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter:

[...]
b) når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør
c) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til artikel 30. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.«

### *Tjekkisk ret*

5 Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (lov nr. 137/2006 om offentlige kontrakter, herefter »lov om offentlige kontrakter«), gennemførte direktiv 2004/18 i tjekkisk ret.

6 Lovens § 21, stk. 2, bestemte:

»Den ordregivende myndighed kan ved tildeling af en offentlig kontrakt anvende et offentligt eller begrænset udbud og på de betingelser, der er anført i §§ 22 og 23, ligeledes et udbud med forhandling med offentliggørelse eller et udbud med forhandling uden offentliggørelse; offentligt udbud kan ikke anvendes i forbindelse med offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet.«

7 Nævnte lovs artikel 23, stk. 4, litra a), bestemte:

»Den ordregivende myndighed kan ligeledes tildele en offentlig kontrakt ved udbud efter forhandling uden offentliggørelse, når den offentlige kontrakt af tekniske eller kunstneriske grunde, af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, eller af grunde, der følger af særlige regler, kun kan gennemføres af en bestemt leverandør.«

## Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

8 Ministerstvo financí (finansministeriet, Den Tjekkiske Republik) indgik den 29. juni 1992 en kontrakt med selskabet IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation (herefter »den oprindelige kontrakt«), som gav anledning til oprettelsen af et informationssystem for de tjekkiske skattemyndigheder.

9 Generaldirektoratet for finansielle anliggender, der blev oprettet i 2013, og som varetager skatteforvaltningen i Den Tjekkiske Republik, har på dette område erstattet dette ministerium.

10 Efter den 1. marts 2016 at have iværksat et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter tildelte generaldirektoratet for finansielle anliggender den 20. maj 2016 inden for rammerne af denne procedure den offentlige kontrakt om vedligeholdelse af dette informationssystem til en værdi af 33 294 389 tjekkiske kroner (CZK) (ca. 1 300 000 EUR) eksklusive merværdiafgift (moms) til selskabet IBM Česká republika spol. s r. o., hvis eneste selskabsdeltager i 1992 var selskabet IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

11 Anvendelsen af en sådan procedure var begrundet i hensynet til den tekniske kontinuitet mellem det omhandlede informationssystem og dets efterfølgende vedligeholdelse samt i hensynet til beskyttelsen af IBM Česká republikas eneret til dette systems kildekode (herefter »enerettighedssituationen«). I overensstemmelse med bestemmelserne i den oprindelige kontrakt er dette selskab nemlig indehaver af licensrettighederne til det pågældende system.

12 Ved afgørelse af 9. oktober 2017 fastslog konkurrencemyndigheden, at generaldirektoratet for finansielle anliggender havde begået en overtrædelse ved at tildele den omhandlede offentlige kontrakt til IBM Česká republika. Dette generaldirektorat tildelte nemlig den nævnte kontrakt, uden at betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var opfyldt. For det første havde den ikke godtgjort, at den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt af tekniske grunde kun kunne gennemføres af IBM Česká republika. For det andet var nødvendigheden af at beskytte dette selskabs enerettigheder til den nævnte kildekode en følge af den tidligere adfærd hos den retlige forgænger til generaldirektoratet for finansielle anliggender

13 Efter at generaldirektoratet for finansielle anliggenders klage over denne afgørelse blev afslået ved afgørelse truffet af konkurrencemyndighedens formand, anlagde dette generaldirektorat sag ved Krajský soud v Brně (den regionale ret i Brno, Den Tjekkiske Republik) til prøvelse af denne sidstnævnte afgørelse.

14 Denne ret frifandt konkurrencemyndigheden bl.a. med den begrundelse, at tildelingen af kontrakten til IBM Česká republika på grund af nødvendigheden af at respektere dette selskabs ophavsretlige enerettigheder skyldtes adfærden hos den retlige forgænger til generaldirektoratet for finansielle anliggender.

15 Generaldirektoratet for finansielle anliggender har derfor iværksat kassationsappel ved Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Den Tjekkiske Republik), som er den forelæggende ret.

16 Generaldirektoratet for finansielle anliggender har for denne ret gjort gældende, at hverken dette eller dets retlige forgænger har skabt enerettighedssituationen hos IBM Česká republika. På tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt den 29. juni 1992 var den eneste selskabsdeltager i dette selskab den eneste erhvervsdrivende, der var i stand til at levere de krævede ydelser. Generaldirektoratet for finansielle anliggender har ligeledes anført, at de vilkår i den oprindelige kontrakt, der vedrørte ophavsretten til kildekoden til det i hovedsagen omhandlede informationssystem, var i overensstemmelse med den nationale lovgivning, som var gældende på dette tidspunkt. Generaldirektoratet for finansielle anliggender har fremhævet, at det forsøgte at frigøre sig fra sin »afhængighed« af IBM Česká republika, men at dette selskab havde oplyst det om, at det ikke ville overføre de økonomiske ophavsrettigheder til denne kildekode. Såfremt der ikke var blevet valgt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, ville det nævnte informationssystem have været uanvendeligt, og skattemyndigheden ville ikke kunne udføre sin opgave. Desuden ville det ikke være økonomisk fornuftigt at iværksætte en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt om levering af et nyt informationssystem for de tjekkiske skattemyndigheder.

17 Konkurrencemyndigheden har for sin del anført, at det på tidspunktet for underskrivelsen af den oprindelige kontrakt var åbenbart, at vedligeholdelse og assistance var nødvendig for, at det i hovedsagen omhandlede informationssystem kunne fungere korrekt. Ifølge denne myndighed støttede den retlige forgænger til generaldirektoratet for finansielle anliggender og dette

sidstnævnte sig i stedet for at iagttage udviklingen i den relevante lovgivning på en fortolkning af den oprindelige kontrakt og lov om offentlige kontrakter, som gjorde det muligt at sikre en administration af dette informationssystem uden afholdelse af en udbudsprocedure, udelukkende ved hjælp af et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

18 Den forelæggende ret har anført, at Domstolen hidtil ikke har fået forelagt en anmodning om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at en offentlig kontrakt ikke kan tildeles en bestemt økonomisk aktør inden for rammerne af et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når årsagen til tildelingen af denne kontrakt, som vedrører beskyttelsen af enerettighederne, kan tilskrives den ordregivende myndighed. Denne ret har ikke desto mindre fremhævet, at fortolkningen af denne bestemmelse er nødvendig for at fastlægge de faktiske og retlige omstændigheder, der er relevante for at vurdere, om der foreligger en sådan tilskrivelse. Den forelæggende ret har endvidere præciseret, at dens egen retspraksis ikke er entydig i denne henseende.

19 På denne baggrund har Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal der tages hensyn til de retlige og faktiske omstændigheder, hvorunder den oprindelige tjenesteydelseskontrakt blev indgået, og som har givet anledning til yderligere offentlige kontrakter, i forbindelse med vurderingen af, om den materielle betingelse for anvendelse af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er opfyldt, dvs. om den ordregivende myndighed har skabt en [enerettighedssituation] ved sin egen adfærd, som omhandlet i artikel 31, [nr. 1)], litra b), i [direktiv 2004/18]?«

## Om det præjudicielle spørgsmål

20 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at der ved vurderingen af, om den ordregivende myndighed har skabt en enerettighedssituation ved sin egen adfærd, skal tages hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i forbindelse med indgåelsen af en kontrakt vedrørende den oprindelige ydelse, der har givet anledning til yderligere offentlige kontrakter.

21 Direktiv 2004/18 blev ophævet og erstattet af direktiv 2014/24 med virkning fra den 18. april 2016.

22 Det følger af fast retspraksis, at det direktiv, der finder anvendelse ratione temporis på indgåelsen af en offentlig kontrakt, i princippet er det direktiv, der er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges, og endeligt afgør, hvorvidt der eksisterer en forpligtelse til at gennemføre et forudgående udbud i forbindelse med tildeling af denne offentlige kontrakt (jf. i denne retning dom af 17.10.2024, NFŠ, C-28/23, EU:C:2024:893, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

23 I det foreliggende tilfælde fremgår det af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at generaldirektoratet for finansielle anliggender iværksatte et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse den 1. marts 2016. Det er således

faktisk direktiv 2004/18, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen, uanset den omstændighed, at den offentlige kontrakt blev tildelt IBM Česká republika den 20. maj 2016, dvs. efter den dato, hvor dette direktiv blev ophævet.

24 På baggrund af disse indledende bemærkninger skal det bemærkes, at udbud efter forhandling kun kan benyttes under de udtømmende opregnede omstændigheder, der nævnes i artikel 31 i direktiv 2004/18, og at proceduren er en undtagelse i forhold til offentlige og begrænsede udbud som omhandlet i dette direktivs artikel 28 (jf. i denne retning dom af 23.4.2009, Kommissionen mod Belgien, C-292/07, EU:C:2009:246, præmis 106, og af 11.9.2014, Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, præmis 49).

25 Navnlig bestemmer artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18, at for så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør.

26 Denne bestemmelse gør det muligt at anvende en sådan procedure, såfremt to kumulative betingelser er opfyldt, nemlig for det første, at der foreligger tekniske eller kunstneriske grunde eller årsager, der vedrører beskyttelsen af de enerettigheder, der er knyttet til kontraktens genstand, og for det andet, at disse grunde gør det strengt nødvendigt at tildele kontrakten til en bestemt økonomisk aktør (jf. analogt dom af 18.5.1995, Kommissionen mod Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, præmis 24, og af 2.6.2005, Kommissionen mod Grækenland, C-394/02, EU:C:2005:336, præmis 34).

27 Som en undtagelse til de regler, som skal sikre den effektive virkning af de rettigheder, der er anerkendt i EU-retten på området for offentlige kontrakter, skal den nævnte bestemmelse fortolkes indskrænkende og det påhviler den, der ønsker at påberåbe sig den, at bevise, at disse kumulative betingelser er opfyldt (jf. analogt dom af 10.3.1987, Kommissionen mod Italien, 199/85, EU:C:1987:115, præmis 14, og af 15.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, præmis 55 og 56).

28 Under disse omstændigheder skal det for det første efterprøves, om den ordregivende myndighed, således som den forelæggende ret har anført, ligeledes skal godtgøre, at enerettighedssituationen ikke kan tilskrives den. Ordlyden af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 fastsætter nemlig ikke et sådant krav. Derimod kræver dette direktivs artikel 31, nr. 1), litra c), udtrykkeligt, at de omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, som gør det muligt at anvende et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, under ingen omstændigheder må kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.

29 Hvis der imidlertid udelukkende tages hensyn til forskellen i ordlyden af artikel 31, nr. 1), litra b), og artikel 31, nr. 1), litra c), i direktiv 2004/18, kan det føre til en tilsidesættelse af dels behovet for en streng fortolkning af dette direktivs artikel 31 og dels af hovedformålet med EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter, nemlig fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser og adgang for offentlige kontrakter til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater (jf. i denne retning dom af 8.12.2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, præmis 28, og af 4.6.2020, Asmel, C-3/19, EU:C:2020:423, præmis 58).

30 Domstolen har desuden allerede fastslået, at anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ikke kan begrundes under henvisning til de tekniske særegenheder ved software, der anvendes i den nationale forvaltning, og som udgør genstanden for leveringskontrakten, når der ikke foreligger oplysninger, der godtgør, at der er foretaget grundige undersøgelser med henblik på at identificere andre aktører end den leverandør, der har fået tildelt kontrakten, som kan præsentere egnet software (dom af 15.10.2009, Kommissionen mod Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, præmis 57-64).

31 En ordregivende myndighed er derfor forpligtet til at gøre alt, hvad der med rimelighed kan forventes af den, for at undgå anvendelsen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 og for at kunne anvende et udbud, der er mere åbent for konkurrence. Det ville imidlertid være uforeneligt med dette krav at gøre det muligt for en sådan ordregivende myndighed at anvende denne bestemmelse, når oprettelsen eller opretholdelsen af den enerettighedssituation, som den har påberåbt sig i denne henseende, kan tilskrives myndigheden, bl.a. på grund af den omstændighed, at denne ordregivende myndighed med henblik på at nå det med den pågældende kontrakt tilsigtede resultat ikke havde behov for at skabe en sådan enerettighedssituation, eller at den rådede over reelle og økonomisk rimelige midler til at bringe en sådan situation til ophør.

32 Det følger heraf, at en ordregivende myndighed med henblik på anvendelsen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 skal godtgøre dels, at de to kumulative betingelser, der er nævnt i denne doms præmis 26, er opfyldt, dels at eksistensen af tekniske eller kunstneriske grunde eller årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, som er knyttet til kontraktens genstand, ikke kan tilskrives myndigheden.

33 Hvad for det andet angår en kompetent national rets vurdering af, om der foreligger en sådan tilskrivelse til en ordregivende myndighed, påhviler det denne at afgøre, om den pågældende ordregivende myndigheds adfærd, bl.a. i forbindelse med indgåelsen af en tidligere aftale, der har givet anledning til den omhandlede offentlige kontrakt, er årsag til, at der opstår en enerettighedssituation, som i teorien kan begrunde anvendelsen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 ved tildelingen af den pågældende offentlige kontrakt. Denne nationale ret skal ligeledes undersøge, om opretholdelsen af en sådan enerettighedssituation indtil den nævnte ordregivende myndigheds beslutning om at følge proceduren med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan tilskrives denne ordregivende myndigheds handling eller passivitet.

34 Med henblik på denne efterprøvelse skal det, således som generaladvokaten har anført i punkt 51 og 59 i forslaget til afgørelse, bemærkes, at det ikke kan fastslås, at den ordregivende myndighed kan tilskrives enerettighedssituationen alene på grundlag af den omstændighed, at den har forårsaget en sådan situation ved indgåelsen af en tidligere kontrakt, selv om de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter ikke fandt anvendelse på den ordregivende myndighed på tidspunktet for denne indgåelse. Det er derimod ikke nødvendigt, at den ordregivende myndighed forsætligt har skabt eller opretholdt en sådan situation med henblik på at begrænse konkurrencen i forbindelse med fremtidige offentlige udbud.

35 Hvad angår hovedsagen bemærkes, at Den Tjekkiske Republik i overensstemmelse med princippet om, at EU-rettens bestemmelser straks og fuldt ud gælder for nye medlemsstater, fra tidspunktet for sin tiltrædelse af Den Europæiske Union skulle overholde Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1993, L 199, s. 1), som er blevet ophævet og erstattet af direktiv 2004/18, og hvis ordlyd af artikel 6, stk. 3, litra b), er

gentaget i artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 (jf. i denne retning dom af 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

36 Siden Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union har en ordregivende myndighed i denne medlemsstat derfor i henhold til artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 kun kunnet anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med henblik på vedligeholdelse af et informationssystem, der anvendes i den nationale forvaltning, på betingelse af, at den kan godtgøre dels, at kontrakten af tekniske grunde eller af hensyn til beskyttelsen af eneretten til dette informationssystem kun kunne tildeles en bestemt økonomisk aktør, dels at disse grunde ikke kunne tilskrives denne ordregivende myndighed.

37 I det foreliggende tilfælde har den forelæggende ret for det første anført, at mellem den 1. maj 2004, datoen for Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union, og den 1. marts 2016, hvor den i hovedsagen omhandlede procedure blev indledt, havde generaldirektoratet for finansielle anliggender eller dettes retlige forgænger mulighed for at indlede en udbudsprocedure med henblik på levering af et nyt informationssystem. For det andet har generaldirektoratet for finansielle anliggender for denne ret gjort gældende, at det har forsøgt at bringe IBM Česká republikas enerettighedssituation til ophør, men at dette sidstnævnte har nægtet at overføre de ophavsretlige formuerettigheder til det omhandlede informationssystems kildekode, således at dette informationssystem er uanvendeligt, hvis der ikke vælges udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, således at skattemyndigheden forhindres i at udføre sin opgave.

38 Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om den enerettighedssituation, som generaldirektoratet for finansielle anliggender har påberåbt sig for at begrunde anvendelsen af artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18, henset til omstændighederne i forbindelse med indgåelsen af den oprindelige kontrakt, og navnlig de omstændigheder, der karakteriserede perioden mellem den 2004. maj 1 og den 1. marts 2016, kunne tilskrives generaldirektoratet for finansielle anliggender, navnlig for så vidt som dette generaldirektorat rådede over reelle og i økonomisk henseende rimelige midler til at bringe denne enerettighedssituation til ophør i den nævnte periode, inden den besluttede at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

39 Henset til ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at artikel 31, nr. 1), litra b), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed med henblik på at begrunde anvendelsen af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse som omhandlet i denne bestemmelse ikke kan påberåbe sig beskyttelsen af enerettigheder, når årsagen til en sådan beskyttelse kan tilskrives den ordregivende myndighed. En sådan tilskrivelse skal vurderes ikke blot på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder i forbindelse med indgåelsen af kontrakten vedrørende den første ydelse, men ligeledes på grundlag af alle faktiske og retlige omstændigheder i perioden fra tidspunktet for indgåelsen af denne kontrakt til det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger den procedure, der skal følges ved indgåelse af en efterfølgende offentlig kontrakt.

## Sagsomkostninger

40 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

**Artikel 31, nr. 1), litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter**

**skal fortolkes således, at**

**den ordregivende myndighed med henblik på at begrunde anvendelsen af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse som omhandlet i denne bestemmelse ikke kan påberåbe sig beskyttelsen af enerettigheder, når årsagen til en sådan beskyttelse kan tilskrives den ordregivende myndighed. En sådan tilskrivelse skal vurderes ikke blot på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder i forbindelse med indgåelsen af kontrakten vedrørende den første ydelse, men ligeledes på grundlag af alle faktiske og retlige omstændigheder i perioden fra tidspunktet for indgåelsen af denne kontrakt til det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger den procedure, der skal følges ved indgåelse af en efterfølgende offentlig kontrakt.**

Underskrifter